

1 Einleitung

1.1 Allgemeine Einführung

Die Verwendung von menschlichen Körperteilen zu wissenschaftlichen Zwecken ist ein nicht wegzudenkender Pfeiler der medizinischen Forschung. Diese Humansubstanzen stammen aus Operationsabfällen, von Toten oder werden von Freiwilligen entnommen. Obgleich Humansubstanzen auf den ersten Blick wertlos erscheinen – oft genug werden sie tatsächlich entsorgt –, sind sie für manche Forschungsprojekte unverzichtbar und die Ergebnisse dieser Forschungsprojekte in manchen Fällen auch wirtschaftlich lukrativ. So können beispielsweise Patente, die aus den Forschungsprojekten entstehen, vermarktet oder aus Geweben hergestellte Zelllinien verkauft werden. Gerade die Forschung im Bereich der menschlichen Stammzellen boomt, sodass Patente in diesem Bereich eine gewinnträchtige Chance für jedes Forscherteam darstellen. Doch auch die Spender, Patienten, Erben und Angehörigen von Toten haben oft ein Interesse daran, über die Verwendung des Körpermaterials mitzubestimmen oder an dessen Vermarktung teilzuhaben. Es stellen sich daher zahlreiche juristische Probleme bei der Verwendung menschlichen Gewebes zu Forschungszwecken. Dieser Problemkreis fristet bisher – vor allem in der Judikatur – ein Schattendasein, wobei davon auszugehen ist, dass die praktische Relevanz mittelfristig ansteigen wird. Gerade im medizinischen Bereich steigt das Bewusstsein zur Selbstbestimmung und wirtschaftliche Interessen sind nicht nur bei Wissenschaftlern vorhanden, sondern auch bei Patienten, den Angehörigen von Toten und den Erben. Diese Arbeit soll sich vor allem mit den zivilrechtlichen Aspekten, also dem Rechtsverhältnis zwischen den Betroffenen der Entnahme (Patient, Angehöriger von Toten, Erbe) zu den Wissenschaftseinrichtungen (Universitäten, Biobanken, privaten Forschern, Pharmakonzernen, etc.) beschäftigen. Dabei geht es einerseits um die rechtliche Zuordnung des Körpers und seiner Teile sowohl sachenrechtlich als auch unter dem Blickwinkel des Persönlichkeitsrechtes, andererseits um die Dispositionsmöglichkeiten, deren Einschränkung durch die Rechtsordnung und die Ansprüche, die sich aus einer unerlaubten Verwendung ergeben.

1.2 Forschung an Humansubstanzen – allgemeine Themenabgrenzung

Zunächst ist es notwendig, den Rahmen dieser Arbeit abzustecken. Teile des menschlichen Körpers werden vielfältig verwendet, sei es als Reliquie, medizinisches Ersatzteillager, als Rohstoff für Medikamente oder eben für wissen-

schaftliche Belange. Dazu sollen an dieser Stelle zunächst einige Begriffsbestimmungen und Abgrenzungen folgen. Forschung stellt die Grundlage jeder Wissenschaft dar, sie ist die planmäßige und zielgerichtete Suche nach neuen Erkenntnissen.¹⁾ Diese Arbeit orientiert sich grundsätzlich an dem Wissenschaftsbegriff, wie er Art 17 StGG zugrunde liegt. Unter Wissenschaft wird in der rechtswissenschaftlichen Lehre „jede geistige Tätigkeit, die nach Form, Inhalt und Ziel einen ernsthaften Versuch darstellt, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen.“²⁾

Unter den Humansubstanzen (Körpersubstanzen) wird in gegenständlicher Arbeit jeder aus einem menschlichen Körper gewonnene Stoff verstanden. Dabei handelt es sich um Organe, Flüssigkeiten, Gewebe und Zellen, die aus einem menschlichen Körper stammen, aber auch die Gesamtheit dieser Stoffe als toter Körper soll unter diesen Begriff fallen. Die Forschung am lebenden Menschen ist nicht Gegenstand dieser Arbeit, sondern vielmehr die in-vitro-Forschung oder jedwede andere Verwendung der Humansubstanzen außerhalb des Körpers zu Forschungszwecken. Viele der hier gemachten Feststellungen werden zwar auch auf die Forschung an lebenden Menschen anwendbar sein, insgesamt stellt sich hier aber eine Vielzahl anderer Probleme, vor allem, was die Zulässigkeit der Forschung angeht. Überschneidungen ergeben sich im Zusammenhang mit der Entnahme von Proben.

Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus dem Verhältnis zu medizinisch indizierten Untersuchungen, die nicht Gegenstand dieser Arbeit sind. So fällt zwar eine menschliche Gewebeprobe jedenfalls unter den Begriff der Humansubstanz und ihre Untersuchung dient auch dem Erkenntnisgewinn (etwa über die Art der Krebserkrankung des Patienten), allerdings werden diese Untersuchungen im Interesse der Person durchgeführt, von der die Proben stammen. Hier entscheidet die Einwilligung in die Heilbehandlung über die Zulässigkeit. Es geht primär nicht um den wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn, sondern um die medizinische Behandlung eines Patienten. Anders gelagert ist jedoch der Fall, dass diese Gewebeproben dann unabhängig von der Diagnosestellung für andere Forschungszwecke, also fremdnützig verwendet werden.

Die in dieser Arbeit besprochenen Rechtsfragen können anhand eines Beispiels gut illustriert werden: Ein Forscher braucht für die in-vitro-Forschung Sehnenzellen des menschlichen Körpers. Um diese zu bekommen, bestehen mehrere Möglichkeiten: 1.) In einem kleinen Eingriff könnte einem Freiwilligen ein Stück einer nicht benötigten Sehne entnommen werden. 2.) Der Forscher kann sich auch mit dem Ersuchen an einen Chirurgen wenden, dass dieser den „Abfall“ von der nächsten orthopädischen oder unfallchirurgischen Operation

¹⁾ Brockhaus Enzyklopädie XVII¹⁹ 663.

²⁾ Pöschl, Von der Forschungsethik zum Forschungsrecht: Wie viel Regulierung verträgt die Forschungsfreiheit? in Körtner/Kopetzki/Druml (Hrsg), Ethik und Recht in der Humanforschung (2010) 114 mwN. Auf die Relevanz des Grundrechtes der Wissenschaftsfreiheit wird unten (2.2.6) eingegangen.

zur Verfügung stellt. 3.) Auch der Weg in die Pathologie liegt nahe, weil Sehnervenzellen nach dem Tod des Menschen noch relativ lange lebensfähig sind.

Im ersten Fall ist es noch naheliegend, dass eine Einwilligung des Spenders notwendig ist. Im zweiten Fall ist das aber bereits fraglich und in der Lehre durchaus umstritten (s unten 3.4.3.2). Im dritten Fall stellt sich das Problem, dass der Spender selbst gar nicht mehr einwilligen kann, in einigen Fällen aber auch eine Obduktion ohne Einwilligung zulässig ist. Es stellt sich also die Frage, wann eine Entnahme von menschlichem Gewebe für Forschungszwecke zulässig ist. Doch auch bei der Einwilligung ergibt sich das Problem, wie weit eine Einwilligung reichen muss. Die Forscher könnten die Zellen ja (eventuell *in vitro* vermehrt) an andere Forscher weitergeben. Muss sich eine Einwilligung auch darauf erstrecken? Fraglich ist auch, ob der Spender überhaupt noch Rechte an den Zellen hat. Weiters ist zu klären, ob Rechtsgeschäfte über menschliches Gewebe entgeltlich erfolgen dürfen und ob dem Spender für die Zustimmung ein finanzieller Vorteil angeboten werden darf. Zu erläutern ist auch, welche rechtlichen Möglichkeiten ein „Spender“ hat, wenn er eine Verwendung „seiner“ Zellen in der Forschung verhindern will und ob er eine Beteiligung an finanziellen Vorteilen der Wissenschaftler fordern kann. Untersucht werden soll auch, welche Möglichkeiten für Schadenersatzansprüche bestehen.

1.3 Verwandte Regelungsbereiche

1.3.1 Allgemeines zur Einordnung

Für den dargestellten Themenbereich bestehen nur wenige ausdrückliche gesetzliche Regelungen, allerdings gibt es einige medizinrechtliche Gesetze, die sich mit nahe verwandten Gebieten beschäftigen. In mehreren Gesetzen wird die Verwendung von Humansubstanzen geregelt. Diese sollen hier kurz dargestellt werden. Später wird auf diese Bestimmungen an entsprechender Stelle genauer eingegangen. Diese Gesetze sind hauptsächlich öffentlich-rechtlicher Natur, es finden sich aber auch Bestimmungen, die das Verhältnis zwischen Spender und medizinischer Einrichtung, welche menschliche Substanzen verwendet, regeln, ohne dass hier die Einrichtung Hoheitsgewalt ausübt.³⁾ Es handelt sich hierbei im gegebenen Zusammenhang um zivilrechtliche Normen, wobei es freilich auf den jeweiligen Anwendungsfall ankommt. Ein und dieselbe Norm kann im einen Fall öffentliches Recht darstellen, im anderen Fall dem Zivilrecht angehören.⁴⁾

³⁾ Vgl *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014) Rz 20 ff.

⁴⁾ In diesem Zusammenhang bleibt unklar, was *Kopetzki* (Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation [1988] 96) damit meint, wenn er § 62a KAG (jetzt § 5 Abs 1 OTPG) als „*privatrechtsgestaltende Vorschrift des öffentlichen Rechts*“ bezeichnet.

1.3.2 Organtransplantation – OTPG

Den klassischen Fall einer Verwendung von Humansubstanzen stellt die Organspende dar, die – zumindest was die Entnahme von Toten betrifft – eine ausdrückliche Regelung in § 62a KAKuG erfahren hat⁵⁾ und nunmehr im OTPG⁶⁾ geregelt ist. Wenn der Spender nicht zu Lebzeiten ausdrücklich widersprochen hat, ist die Entnahme von Organen in bestimmten Grenzen erlaubt, um durch die Transplantation andere Menschen zu retten oder deren Gesundheit wieder herzustellen (vgl § 4 OTPG). Nunmehr ist auch die Lebendspende ausdrücklich geregelt.

Das OTPG stellt also für medizinische Zwecke (Heilung von Menschen) eine ausdrückliche Erlaubnis-Regelung dafür dar, Toten und Lebenden Organe zu entnehmen, um sie anderen Personen zur Wiederherstellung ihrer Gesundheit zu transplantieren. Der Zweck der Entnahme unterscheidet sich vom Zweck der Forschung klar, auch wenn möglicherweise bei der Transplantation sekundär wissenschaftliche Erkenntnisse gewonnen werden. Eine Entnahme für rein wissenschaftliche Zwecke – ohne Transplantation – ist also auf dieser Grundlage jedenfalls unzulässig.

1.3.3 Gewebesicherheitsgesetz (GSG)

Relativ neu ist das GSG⁷⁾, welches die im Zusammenhang mit dieser Arbeit relevanten Bereiche der GewebeRL⁸⁾ in Österreich umsetzt. Gegenstand des GSG ist die Gewinnung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Zellen zur Verwendung beim Menschen, sofern diese nicht für die Herstellung von Arzneispezialitäten, Prüfpräparaten oder Medizinprodukten verwendet werden (§ 1 GSG⁹⁾. Weiters sind autologe Gewebetransplantationen innerhalb eines operativen Eingriffs sowie Blutspenden und Organtransplantationen ausgenommen. Für die letzten beiden Ausnahmen gibt es eigene gesetzliche Regelungen im OTPG (s oben 1.3.2) und BSG (s unten 1.3.4).¹⁰⁾ Neben der Transplantation von Zellen und Geweben fallen jeder medizinische Einsatz von Zellen oder Geweben in oder an einem menschlichen Empfänger sowie extrakorporale

⁵⁾ Ausführlich zu diesem Thema *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation (1988) passim.

⁶⁾ BGBl I 2012/108.

⁷⁾ BGBl I 2008/49 idF BGBl I 2013/162.

⁸⁾ RL 2004/23/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 3. 2004 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Konservierung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen, ABl L 2004/102, 48.

⁹⁾ *Joklik/Zivny*, Gewebesicherheitsgesetz – das Wesentliche auf einen Blick, RdM 2008/4 (18); *Zeinhofner*, Der Anwendungsbereich des Gewebesicherheitsgesetzes, in *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsrecht (2009) 100ff.

¹⁰⁾ Eine Erklärung für die Ausnahmen findet sich in den Gesetzesmaterialien: s EB 261 BgNR 23. GP 4.

Anwendungen¹¹⁾ unter den Begriff der „Anwendung am Menschen“ (§ 2 Z 11 GSG).

Für Forschungsvorhaben hat dieses Gesetz also nur einen sehr beschränkten Anwendungsbereich: Nur wenn die Gewebe bei der Forschung auch am Menschen eingesetzt werden, sind die Regelungen des GSG unmittelbar anwendbar. Dies zeigt sich auch in Erwägungsgrund 11 der GewebeRL: *„Diese Richtlinie gilt nicht für die forschungsbedingte Nutzung menschlicher Gewebe und Zellen, z. B. wenn diese für andere Zwecke genutzt werden als für die Verwendung im oder am menschlichen Körper, wie bei der In-vitro-Forschung oder in Tiermodellen. Nur die Zellen und Gewebe, die in klinischen Versuchen im oder am menschlichen Körper eingesetzt werden, sollten den Qualitäts- und Sicherheitsstandards dieser Richtlinie entsprechen.“* Genau dieser, von der GewebeRL angenommene Fall, dass die Zellen nicht im oder am menschlichen Körper eingesetzt werden, ist Gegenstand dieser Arbeit. Damit ist das GSG in diesem Bereich nicht anwendbar.¹²⁾ Es zeigt sich auch, dass der grundsätzliche Zweck des GSG in eine ganz andere Richtung geht, als dies bei der Forschung an menschlichen Geweben der Fall ist: Ziel ist vor allem die Vermeidung der Übertragung von Krankheiten; die Qualität und Sicherheit von menschlichem Gewebe *zur medizinischen Verwendung* soll gesteigert werden.¹³⁾ Diese Zielsetzung spielt bei der Forschung keine Rolle. Die Wissenschaftler entscheiden je nach Forschungsgebiet selbst, wie ihr Forschungsmaterial beschaffen sein soll. Unter Umständen sind gerade krankhafte Gewebe besonders interessant.

Ein zivilrechtlicher Aspekt, der durch das GSG eine ausdrückliche Regelung gefunden hat, ist aber durchaus auch mit den Fallkonstellationen bei der Forschung am menschlichen Gewebe vergleichbar: § 4 Abs 3 GSG schreibt umfassende Aufklärungspflichten zur Einwilligung des lebenden Spenders in die Entnahme vor. So muss sich die Einwilligung auch auf die spätere Verwendung der Zellen am Menschen beziehen. Die ErläutRV weisen zwar darauf hin, dass dies keine Sonderregeln seien und die allgemeinen Prinzipien des ABGB gelten würden, sie sprechen aber explizit aus, dass sich die Einwilligung auch ausdrücklich auf die weitere Verwendung der Gewebe am Menschen beziehen müsse.¹⁴⁾ Die Entscheidung, wie weit die Einwilligung reichen muss, lässt sich mE durchaus auch auf den Fall der Einwilligung in die Entnahme von Geweben für Forschungszwecke übertragen. Inwiefern sich hier bereits aus allgemeinen Bestimmungen ableiten lässt, wie weitreichend die Einwilligung sein muss, wird unten (3.4) besprochen.

¹¹⁾ Dazu Zeinhofer in Kopetzki 102.

¹²⁾ S Zeinhofer in Kopetzki 100 f; EB 261 BlgNR 23. GP 4.

¹³⁾ EB 261 BlgNR 23. GP 3.

¹⁴⁾ EB 261 BlgNR 23. GP 6.

1.3.4 Das Blutsicherheitsgesetz (BSG)

Das BSG¹⁵⁾ regelt die Gewinnung und Testung von menschlichem Blut und Blutbestandteilen und die damit in Zusammenhang stehenden Schutzmaßnahmen für Spender und Patienten (vgl § 1 BSG). Ein Blick in die Materialien zeigt, dass dieses Gesetz vor allem die transfusionsmedizinische Verwendung von Blut im Blick hat.¹⁶⁾ Eine ausdrückliche Einschränkung auf die Verwendung am Menschen, wie sie das GSG enthält, findet sich aber nicht. Diese Einschränkung lässt sich aber mE aus § 1 Abs 1 ableiten, weil hier die Rede davon ist, „*Spendern und Patienten*“ den bestmöglichen Schutz zukommen zu lassen. Außerdem sprechen die Materialien zu § 1 Abs 1 von der „*Bluttransfusionskette*“.¹⁷⁾ Auch der Ausnahmekatalog des § 2 BSG deutet in diese Richtung, weil auch die Blutabnahme und Testung von Blut für diagnostische Zwecke im Rahmen einer ärztlichen Behandlung vom BSG ausgenommen ist. In vielen Fällen wird man die Spende von Blut zu Forschungszwecken bereits als ärztliche Behandlung auffassen können. Doch sollte eine Blutabnahme auch dann ausgenommen sein, wenn sie mit einer ärztlichen Behandlung vergleichbar ist, wie die Gewinnung von Blut zu Forschungszwecken, wenn es nicht transfundiert werden soll. ME ist der Anwendungsbereich des BSG auf seinen eigentlichen Regelungszweck, nämlich die Blutspenden für Transfusionszwecke, teleologisch zu reduzieren. Das heißt aber nicht, dass nicht einzelne Wertungen des Gesetzes auch für die Forschung an Humansubstanzen von Relevanz sein können, weil der Regelungsgegenstand vergleichbar ist. Da ein wesentlicher Zweck dieses Gesetzes auch im Schutz des Spenders liegt, sind diese Schutzbestimmungen durchaus auch bei der Blutspende zu Forschungszwecken von Bedeutung.

Zivilrechtliche Bedeutung kommt – abgesehen vom Schutzgesetzcharakter der Sicherheitsbestimmungen – vor allem § 8 BSG zu, der die Einwilligung in die Spende umfasst. Es bedarf einer schriftlichen, freiwilligen Zustimmung in die Spende, und der Spender ist unter anderem über die Risiken und Gefahren der Spende aufzuklären. Durch eine Gesetzesänderung¹⁸⁾ wurden diese Aufklärungspflichten noch um die Pflicht zur Aufklärung über den geplanten Verwendungszweck erweitert. Dies sei eine Klarstellung aus Sicht der Patientenrechte und des Persönlichkeitsschutzes.¹⁹⁾

¹⁵⁾ BGBl I 1999/44 idF BGBl I 2009/107

¹⁶⁾ EB 676 BlgNR 22. GP 1; EB 1430 BlgNR 20. GP 34

¹⁷⁾ EB 1430 BlgNR 20. GP 34.

¹⁸⁾ BGBl I 2005/63.

¹⁹⁾ IA 617/A BlgNR 22. GP 2.

2 Grundlagen zur rechtlichen Zuordnung des menschlichen Körpers

2.1 Allgemeines

Bevor auf andere Fragen eingegangen werden kann, ist zu untersuchen, wem der menschliche Körper rechtlich zugeordnet ist. Hierbei spielen vor allem persönlichkeits- und sachenrechtliche Aspekte eine Rolle. Es ist zu klären, ob und wie weit sich das Persönlichkeitsrecht auch auf abgetrennte Körperteile erstreckt und wie bzw warum ihm über den Tod hinaus noch Bedeutung zukommt (sog postmortales Persönlichkeitsrecht). Dabei ist auch der materielle Inhalt des Persönlichkeitsrechtes in Bezug auf Körperteile zu untersuchen. Aus sachenrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, wann der menschliche Körper bzw Teile davon als Sachen im rechtlichen Sinn zu behandeln sind. Daraus folgt dann auch die Überlegung, wem diese Teile zuzurechnen sind, wer also daran Eigentum hat oder erlangen kann, und wie sich das Sachenrecht zum Persönlichkeitsrecht verhält.

Die rechtlichen Probleme spielen sich alle an den Grenzen zwischen Sachen- und Persönlichkeitsrechten ab. Es wird daher auf die damit verbundenen Fragestellungen eingegangen. Dieses Kapitel dient als Grundlage für die daran anschließende Untersuchung der Verwendung menschlicher Substanzen in der Forschung. Bei der Untersuchung der rechtlichen Grundlagen wird bereits der Forschungsaspekt besonders berücksichtigt.

2.2 Das Persönlichkeitsrecht des § 16 ABGB

2.2.1 Allgemeines

Die zentrale Norm für das Persönlichkeitsrecht stellt § 16 ABGB dar.²⁰⁾ *Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte.* Dabei handelt es sich nach herrschender Meinung um absolute Rechte.²¹⁾ Sie wirken also gegen jeden. In der Vergangenheit wurde dieser Bestimmung zunächst wenig Bedeutung zugemessen.²²⁾ Mittlerweile werden aber aus § 16 ABGB zahlreiche subjektive Rechte abgeleitet, welche einer Person zustehen können.²³⁾

²⁰⁾ Posch in Schwimann/Kodek⁴ § 16 Rz 3.

²¹⁾ Koch in KBB⁴ § 16 Rz 9; Koziol, Haftpflichtrecht II² (1984) 6 mwN.

²²⁾ F. Bydliński, Neue Entwicklungen bei den Persönlichkeitsrechten in Österreich, in FS Radwański (1990) 135; ders., Die „Person“ in der Sicht der Jurisprudenz, in Kanzian/Quitterer/Runggaldier (Hrsg) Personen. Ein interdisziplinärer Dialog (2003) 345; Posch in Schwimann/Kodek⁴ § 16 Rz 1.

²³⁾ S dazu die Aufzählung in Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 279ff.

Strittig ist, ob es sich dabei um ein allgemeines Persönlichkeitsrecht (wie in Deutschland)²⁴⁾ oder um mehrere ausdifferenzierte Rechte handelt. Die erste Sichtweise²⁵⁾ geht davon aus, dass ein allgemeines Persönlichkeitsrecht besteht, das die Person in ihrer Gesamtheit erfasse. Der Umfang im Einzelfall müsse durch eine Interessenabwägung bestimmt werden. Die Gegenmeinung²⁶⁾ vertritt die Ansicht, dass aus § 16 ABGB nur einzelne Persönlichkeitsrechte bestimmt werden können. Diese seien aus der Rechtsordnung abzuleiten. Auch hier sei eine Interessenabwägung notwendig. Insgesamt ergebe sich jedoch kein für die praktische Anwendung relevanter Unterschied.²⁷⁾

Eine vermittelnde Lösung zeigt *Canaris*:²⁸⁾ Es sollten Schutzbereiche aus den einzelnen Persönlichkeitsrechten herausgearbeitet werden, entsprechend den einzelnen Verletzungsarten der Persönlichkeit. Diese Schutzbereiche ergäben sich aus den einzelnen Persönlichkeitsrechten und summierten sich zu einem lückenlosen System, das einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht entspreche. Damit ließen sich Schutzlücken vermeiden.

Eine ähnliche Ansicht vertritt *Schauer*,²⁹⁾ der zwar grundsätzlich von einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ausgeht, dessen Inhalt aber nur durch eine extensive Auslegung von Sondertatbeständen zu erschließen sei, wobei eine umfassende Interessenabwägung notwendig sei. Wegen des bereits sehr engmaschigen Netzes an Sondertatbeständen sei der Unterschied zwischen einzelnen Persönlichkeitsrechten und einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht sehr gering.

Faktisch werden in der Lehre³⁰⁾ häufig Fallgruppen gebildet, um den Persönlichkeitsschutz darzustellen, welche mE den Schutzbereichen sehr nahe kommen.

Da die Diskussion wenig über den Inhalt aussagt, wird hier nicht weiter darauf eingegangen. Wenn also hier von einzelnen Persönlichkeitsrechten gesprochen wird, kann man mE diese subjektiven Rechte auch aus einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ableiten. Wesentlich scheint jedenfalls die weitgehende Übereinstimmung der Meinungen, dass sich die Persönlichkeitsrechte in der gesamten Rechtsordnung manifestieren und eine Abwägung der damit kollidierenden Interessen³¹⁾ geboten ist.

24) *Posch* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 16 Rz 13.

25) *ZB Aicher* in *Rummel*³ § 16 Rz 13f.

26) *ZB F. Bydlinski*, Die Grundrechte in Relation zur richterlichen Gewalt, *RZ* 1965, 67 (69f); *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 6; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 301.

27) *Posch* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 16 Rz 14 mwN.

28) *Canaris*, Grundprobleme des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, *JBl* 1991, 205 (210f); s auch *Posch* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 16 Rz 16.

29) *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 16 Rz 13.

30) *Posch* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 16 Rz 16; vgl *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 16 Rz 17.

31) Vgl *Koch* in *KBB*⁴ § 16 Rz 4.

2.2.2 Drittwirkung der Grundrechte

Die Grundrechte liefern neben den Bestimmungen in einfachen Gesetzen einen wesentlichen Beitrag für die Ausgestaltung von Persönlichkeitsrechten. Da die herrschende Meinung³²⁾ von einer nur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ausgeht, wird hier auf die Gegenmeinung³³⁾ einer unmittelbaren Drittwirkung nicht näher eingegangen.

Nach der Lehre der mittelbaren Drittwirkung, können die Grundrechte herangezogen werden, um Generalklauseln auszulegen. Damit ergänzen die Grundrechte in dieser Konstellation den zivilrechtlichen Schutz vor Eingriffen in die Persönlichkeit neben ihrem eigentlichen Zweck, die Bürger vor staatlichen Eingriffen zu schützen. Gerade in Privatrechtsverhältnissen können die Grundrechte mehrerer Personen kollidieren.³⁴⁾ Um einen Interessenausgleich zu schaffen, gibt es zunächst umfassende zivilrechtliche Regelungen, die primär heranzuziehen sind. Bei der Schaffung dieser Bestimmungen ist der Gesetzgeber an die Grundrechte gebunden. Sie sind daher grundrechtskonform auszulegen.³⁵⁾ Dies ist gerade bei Generalklauseln wie § 16 ABGB geboten.

Soweit sich also keine ausdrücklichen privatrechtlichen Regelungen zur Ausgestaltung von subjektiven Persönlichkeitsrechten finden, kann auf die Wertungen der Grundrechte zurückgegriffen werden. Weil bei der Forschung an Humansubstanzen mehrfach Interessen von Betroffenen beeinträchtigt werden können, finden sich zahlreiche Grundrechte, deren Wertungen berührt werden.

Gerade unter dem Gesichtspunkt, dass die Rechte am eigenen Körper nur rudimentär geregelt sind, kommt den Grundrechten eine wichtige Rolle zur Feststellung des materiellen Inhalts der Persönlichkeitsrechte zu. Auf die Relevanz der einzelnen Grundrechte wird daher im Folgenden genauer eingegangen.

2.2.3 Relevanz des Datenschutzes

2.2.3.1 Unmittelbare Drittwirkung des Grundrechtes auf Datenschutz

Eine Besonderheit bietet das Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 DSG). Nach § 5 Abs 4 DSG ist das Grundrecht auf Datenschutz gegen Rechtsträger, die in Form des Privatrechts eingerichtet sind und nicht in Vollziehung der Gesetze tätig werden, auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen. Damit zeigt sich, dass

³²⁾ *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht² (2008) Rz 1268 ff; *F. Bydlinki*, Thesen zur Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht, in *Rack* (Hrsg), Grundrechtsreform (1985) 173 ff; *ders*, RZ 1965, 70; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 122; *Schauer* in *Kletečka/Schauer* ABGB-ON^{1.00} § 16 Rz 15.

³³⁾ *Griller*, Der Schutz der Grundrechte vor Verletzungen durch Private, JBl 1992, 205 (206 ff).

³⁴⁾ Siehe dazu die Bsp in *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht² Rz 1272.

³⁵⁾ Vgl *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht² Rz 1270.

der Gesetzgeber eine unmittelbare Drittwirkung des Grundrechts auf Datenschutz angeordnet hat.³⁶⁾

Durch die datenschutzrechtlichen Bestimmungen kommt ebenso wie durch Art 8 EMRK zum Ausdruck, dass sich das Persönlichkeitsrecht auch auf die Achtung des Privat- und Familienlebens erstreckt.³⁷⁾ Aufbauend auf dem Grundrecht auf Datenschutz finden sich relevante Bestimmungen vor allem im DSG, aber auch in sonderdatenschutzrechtlichen Bestimmungen (zB im GTG).

2.2.3.2 Anwendbarkeit des Grundrechtes auf Datenschutz

Das Grundrecht auf Datenschutz erfasst sowohl manuell geführte als auch automationsunterstützt verarbeitete Informationen,³⁸⁾ wie sie im Forschungsbetrieb jedenfalls vorkommen. Im Detail gibt es hier Unterschiede, vor allem was das Recht auf Auskunft betrifft. Für die Forschung ist der Datenschutz deshalb relevant, weil gerade bei der Forschung an menschlichem Gewebe Informationen über den Spender gewonnen werden. Wenn diese Informationen Rückschlüsse auf die Person enthalten, dann handelt es sich dabei um datenschutzrechtlich relevante personenbezogene Daten. Es ist daher zunächst zu klären, welche Art von Daten vorliegt. Die Begrifflichkeiten des DSG lassen sich am einfachsten aus den einfachgesetzlichen Bestimmungen ableiten, die hier zur Auslegung herangezogen werden können.³⁹⁾

Um personenbezogene Daten handelt es sich nach § 4 Z 1 DSG dann, wenn Angaben über Betroffene vorliegen, deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist. Wenn der Betroffene nur mit rechtlich unzulässigen Mitteln für den Auftraggeber⁴⁰⁾ bestimmbar ist, handelt es sich für ihn um indirekt personenbezogene Daten.

Es stellt sich die Frage, ob die Probe an sich oder erst die daraus gewonnenen Informationen Angaben über den Betroffenen, also Daten, darstellen. Für den Datenbegriff ist es grundsätzlich irrelevant, auf welchem Medium die Informationen gespeichert sind.⁴¹⁾ Humansubstanzen liefern verschiedenste Informationen über den Spender. So können aus Blut bzw Geweben (zB Tumoren) Informationen über Krankheiten gewonnen werden. Es kann ein Blutbild

³⁶⁾ Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht² Rz 1264; *Jahnel*, Das Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSG 2000, in FS Schäffer (2006) 337.

³⁷⁾ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 1 Anm 5 a (Stand 2. 7. 2014).

³⁸⁾ Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht² Rz 1408; *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 1 Anm 6 (Stand 2. 7. 2014).

³⁹⁾ *Jahnel*, Datenschutzrecht (2010) Rz 1/58; *ders* in FS Schäffer 316; aA *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 1 Anm 6 (Stand 2. 7. 2014).

⁴⁰⁾ Das ist gem § 4 Z 4 DSG diejenige Person, Personengemeinschaft oder Organ bzw Geschäftsapparat einer Gebietskörperschaft, welche die Entscheidung getroffen hat, die Daten zu verwenden. Zu den Begriffen im DSG s *Jahnel*, Datenschutzrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hrsg), Informatikrecht² (2003) 246 ff.

⁴¹⁾ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 4 Anm 2 (Stand 2. 7. 2014); *Jahnel* in FS Schäffer 319.